



CITTA' DI BATTIPAGLIA

(PROVINCIA DI SALERNO)

Registro generale delle determinate n. 759 del 06/06/2022

Oggetto: provvedimento conclusivo del procedimento avviato con nota protocollo n. 34043 del 09.05.2022

IL R.U.P. – Responsabile Servizio Autonomo Contenzioso

Premesso che:

- Con determina a contrarre n. 762 del 22/07/2020, veniva indetta procedura aperta di affidamento dei Servizi legali di gestione del contenzioso amministrativo, attivo e passivo, di primo e secondo grado (TAR e Consiglio di Stato);
- Con determina del Responsabile della Centrale Unica di Committenza Sele Picentini n. 576 del 11.09.2020, venivano approvati gli atti di gara per procedura aperta e con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa;
- L'avviso di gara veniva ritualmente pubblicato e, entro il termine delle ore 12:00 del 19.10.2020 per la presentazione delle offerte, pervenivano per il tramite della piattaforma telematica e-procurement n. 8 offerte;
- A seguito della fase di verifica della documentazione amministrativa presentata dai concorrenti, definitasi con verbale del R.U.P. n. 4 del 03.06.2021, venivano ammessi n. 7 concorrenti alla fase dell'offerta;
- In data 01.07.2021, si insediava la Commissione Giudicatrice della procedura per l'affidamento dei servizi di cui in oggetto, nominata con determinazione del Responsabile della C.U.C. n. 416 del 27.05.2021 ed in pari data, con verbale n. 5, procedeva all'apertura dei plichi digitali relativi all'offerta tecnica, dando atto del prosieguo in successive sedute riservate;
- con verbale di gara n.7 del 10.12.2021, trasmesso al R.U.P. ed acquisito al protocollo generale al n.88459 del 10.12.2021, la Commissione Giudicatrice, a seguito della chiusura della fase di valutazione delle offerte tecniche e di apertura dei plichi digitali relativi all'offerta economica, formulava la graduatoria dei concorrenti e proponeva l'aggiudicazione;

- a seguito della diffida di uno dei candidati a valutare la congruità, serietà, sostenibilità e realizzabilità delle offerte degli operatori classificatisi ai primi due posti della graduatoria, in data 07.01.2022, con nota prot n. 1079, il R.U.P. attivava con tali concorrenti il dovuto contraddittorio, assegnando il termine di 10 giorni per far pervenire le rispettive osservazioni, che pervenivano in data 13.01.2022 e in data 14.01.2022;
- a norma dell'art. 22 co. I del bando/disciplinare di gara, il R.U.P., con nota prot. n. 7405 del 01.02.2022, interpellava la Commissione di Gara per valutare, anche alla stregua delle osservazioni formulate dai tre operatori, l'idoneità ed adeguatezza delle offerte e, nel contempo, nell'ambito dei poteri di coordinamento e controllo finalizzati ad assicurare il corretto svolgimento della procedura, avendo verificato che nel verbale n.6 del 10.12.2021 risultavano elencate diverse "sedute riservate" protrattesi nell'arco di circa 5 mesi, senza indicazione delle operazioni compiute nelle varie adunanze e, al contempo, risultava la redazione di "tabelle riassuntive" dei punteggi finali e di "tabelle dei coefficienti" attribuiti ai concorrenti senza esplicitazione dei punteggi tecnici attribuiti per i diversi criteri e sottocriteri di valutazione B.1, B.2, B.3 e B.4 del disciplinare, chiedeva alla stessa Commissione di voler fornire i dovuti chiarimenti, disponendo, nelle more, l'interruzione dei termini per l'approvazione della proposta di aggiudicazione;
- la Commissione, con nota acquisita al prot. n. 10167 dell'11.02.2022, nel dare riscontro alle richieste, assumeva, da un verso, che il R.U.P. avesse già valutato le offerte e, da un altro verso, che tutti gli atti di gara fossero già in suo possesso;
- con nota prot. 11603 del 16.02.2022, il R.U.P., in difetto di espressi chiarimenti, richiedeva alla Commissione la trasmissione dei verbali relativi alle n. 9 sedute di esame delle offerte tecniche, in uno alle tabelle riportanti analitici punteggi tecnici attribuiti ai concorrenti per i diversi criteri e sottocriteri di valutazione, compilate secondo la griglia di valutazione riportata a pag. 15 del bando/disciplinare di gara — sub punto 18.2 "Metodo di attribuzione dei coefficienti per il calcolo del punteggio dell'offerta tecnica";
- la Commissione non forniva integrazioni rispetto a quanto aveva già dedotto, confermando di fatto l'assenza di verbalizzazione di nove sedute riservate svoltesi nell'arco di 5 mesi, senza l'indicazione delle operazioni svolte nelle varie adunanze ed esplicitazione dei punteggi analitici attribuiti ai concorrenti;
- conseguentemente il R.U.P., onde acquisire autorevole supporto valutativo sull'iter di gara, decideva di formulare all'ANAC istanza di parere ex art. 211 comma 1 del D. Lgs. 50/2016 - prot. n. 15044 del 01.03.2022 — che veniva assunta al "PREC-DIR 17/2022/S FASC. 1115/2022" e, a maggiore esplicitazione del quesito posto, allegava al modulo di richiesta la "memoria esplicativa" che di seguito si riporta:

"1 - Il Comune di Battipaglia ha stabilito di procedere all'affidamento dei Servizi legali di gestione del contenzioso amministrativo, attivo e passivo, di primo e secondo grado (TAR e Consiglio di Stato) - CPV 79110000-8, servizio di consulenza giuridica e rappresentanza. Con determina del

Responsabile della Centrale Unica di Committenza Seie Picentini (al quale il Comune di Battipaglia aderisce) n. 576 del 11.09.2020, sono stati approvati gli atti di gara (Bando/Disciplinare); a tale procedura di gara è stato assegnato il seguente codice CIG: 8379071421. E' stato previsto che l'affidamento del servizio avviene mediante procedura aperta e con applicazione del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, ai sensi degli artt. 60 e 95 del D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50 - Codice dei contratti pubblici. L'importo a base d'asta di tale servizio, avente durata di due anni, è di Euro 138.900,00, così articolati: Sono posti a base d'asta e formano oggetto di un unico comune ribasso: a) l'importo della parte fissa, pari ad € 24.000,00; b) gli importi unitari, massimi e minimi, della parte variabile, distintamente per ciascuna fase di giudizio di primo e secondo grado, nella misura fissata dall'art. 8 del Capitolato Speciale (pari complessivamente ad € 108.900,00). L'importo della parte fissa e della parte variabile, complessivamente stimato in relazione alla durata dell'appalto, è pari a € 132.900,00, cui vanno aggiunti € 6.000,00 di recupero delle spese processuali spettanti al Professionista incaricato. 2 - Per la valutazione dell'offerta tecnica, il bando di gara prevede espressamente al punto 18.2 rubricato "Metodo di attribuzione dei coefficienti per il calcolo del punteggio dell'offerta tecnica" che il punteggio tecnico sarà ripartito ed attribuito in base a quattro criteri di valutazione dell'offerta, ed in particolare:

- 1) Possesso di titoli formativi post-laurea, conseguiti a seguito di frequenza con esame finale, di corsi per dottorati di ricerca, scuole di specializzazione e/o master, sia in Italia che all'estero (Criterio B.1);
 - 2) Incarichi di patrocinio in giudizio, ricevuti a partire dal 01/01/2018 da Enti pubblici e/o soggetti privati, davanti ai TAR ed al CONSIGLIO DI STATO, in materia di edilizia ed urbanistica e/o in materia di appalti pubblici/espropri e/o in altre materie di diritto amministrativo/pubblico. Il candidato, invero, in sede di partecipazione è tenuto a specificare per ogni giudizio, a pena di esclusione dell'offerta tecnica, l'Autorità Giudiziaria adita, la data di conferimento dell'incarico, la natura giuridica, pubblica o privata, del soggetto conferente, l'oggetto del giudizio, l'esito dello stesso e gli estremi del provvedimento giurisdizionale (Sentenza/ordinanza); ai fini della ponderazione del punteggio, che sarà numericamente contenuto entro la seconda cifra decimale, e che sarà basata distintamente per oggetto e grado del giudizio, sulla complessità della materia trattata e sull'esito del giudizio. Il concorrente, invero, è tenuto ad allegare, sempre a pena di esclusione dell'offerta, una relazione tecnico-giuridica, per illustrare sinteticamente i singoli incarichi svolti, anche con riferimenti normativi e giurisprudenziali (Criterio B.2);
 - 3) Modalità di svolgimento dell'incarico, anche mediante presenza personale presso la sede comunale per numero di giorni superiore a quello di presenza obbligatoria (Criterio B.3);
 - 4) Proposte aventi ad oggetto attività volte ad ottimizzare prestazioni ricomprese nell'oggetto del servizio (Criterio B.4). A pagina 15 del bando, nel predetto punto 18.2, vi è una tabella che indica per ciascun criterio i punteggi da attribuire.
- 3 - Nella gara in esame, per la quale è stata articolata dallo scrivente R. U.P. la presente istanza di parere di precontenzioso, è emerso che la Commissione di gara con un unico verbale (n. 6 del 10.12.2021) ha dato atto dell'avvenuto espletamento di n. 10 sedute riservate (nel periodo dal 08/07/2021 al 10.12.2021), senza richiamo alcuno ai verbali delle precedenti n. 9 sedute, o comunque senza indicazione alcuna nel verbale n. 6 delle specifiche rispettive attività compiute e delle operazioni tenutesi nel corso delle singole adunanze del 08/07/2021, 05/08/2021,

14/10/2021, 21/10/2021, 04/11/2021, 11/11/2021, 18/11/2021, 25/11/2021 e 02/12/2021. Al verbale n. 6 del 10/12/2021 sono acclusi, poi, soltanto degli specchietti riassuntivi dei punteggi e dei coefficienti attribuiti ai concorrenti per l'offerta tecnica. Allo scrivente R. U.P. non sono state trasmesse le tabelle dei punteggi tecnici assegnati dalla Commissione ai concorrenti per i criteri e sottocriteri di valutazione B.1, B.2 (esperienza e professionalità), B.3 e B.4, così come espressamente individuati nella tabella di cui punto 18.2 del bando, rubricato "Metodo di attribuzione dei coefficienti per il calcolo del punteggio dell'offerta tecnica". In mancanza di tali tabelle, allo Scrivente R.U.P. è preclusa la possibilità di ripercorrere l'iter logico valutativo della Commissione per la valutazione degli elementi componenti l'offerta dei concorrenti, che il R. U.P. per legge è tenuto a verificare e validare in sede di approvazione degli atti di gara. In tale contesto, lo Scrivente R.U.P., con due note (nota prot. 7405 del 01.02.2022 e nota prot. 11603 del 16.02.2022) ha chiesto alla Commissione chiarimenti in ordine ai verbali delle sedute riservate e alle tabelle dei punteggi assegnati per l'offerta tecnica. In riscontro a tali richieste, la Commissione ha sostenuto che tutti gli atti di gara erano già in possesso del RUP, ma, in realtà, oltre al verbale n.6 ed agli specchietti riassuntivi dei punteggi e dei coefficienti attribuiti ai concorrenti per l'offerta tecnica, nient'altro è stato consegnato al R.U.P.. Si desume, quindi, che alcun verbale relativo alle precedenti n. 9 sedute riservate è stato mai redatto né alcuna tabella di punteggio è stata mai redatta in ossequio a quanto previsto al punto 18.2 del bando. 4 - Tanto premesso, essendo controversa la completezza/correttezza dell'operato della Commissione di gara, lo Scrivente R.U.P. inoltra l'allegata istanza di parere di precontenzioso, atteso che la Commissione: - non ha verbalizzato n. 9 sedute riservate espletate in un arco di 5 mesi e nell'ultimo verbale di seduta riservata (n. 6 del 10.12.2021) si è limitata solo ad indicare le date delle precedenti n.9 sedute riservate, senza indicare i membri della Commissione presenti, le attività compiute e le operazioni tenutesi nel corso delle singole adunanze del 08/07/2021, 05/08/2021, 14/10/2021, 21/10/2021, 04/11/2021, 11/11/2021, 18/11/2021, 25/11/2021 e 02/12/2021; - non ha predisposto una tabella dei punteggi, conforme a quella espressamente prevista a pagina 15 del bando di gara (punto 18.2), ma si è limitata ad accludere al verbale n. 6 soltanto degli specchietti riassuntivi dei punteggi e dei coefficienti attribuiti ai concorrenti per l'offerta tecnica, che non consentono in alcun modo di individuare l'iter logico seguito per attribuire i punteggi assegnati. Lo scrivente, ribadisce, come già indicato nel modulo di istanza singola di parere, di ritenere vincolante il parere di precontenzioso che verrà reso da Codesta Spett.le Autorità".

- L'ANAC, con nota del 19.04.2022, comunicava la delibera del Consiglio dell'Autorità del 13.04.2022, che ha definito la procedura con pronuncia di inammissibilità ai sensi degli Artt. 3 comma 1 e 7, comma 1 lett. a) e lett. b) del Regolamento di precontenzioso, ritenendo la questione posta non rientrante tra quelle attinenti l'esercizio della funzione precontenziosa;

Considerato che:

- il R.U.P. conferma le evidenziate criticità delle operazioni di gara, come riportate e segnalate nei propri atti sopra richiamati, che trovano conforto nell'indirizzo giurisprudenziale sintetizzabile nelle massime che seguono:

“la redazione del verbale non si impone con carattere di contestualità rispetto a ciascuna seduta della commissione di gara. Tuttavia, quando ciò non avvenga, occorre che i momenti essenziali in cui si sono articolate le operazioni di gara e, segnatamente, l’espressione in termini numerici dei giudizi di merito di ciascuna offerta, siano annotati con carattere di compiutezza in documenti che, anche se non accompagnati da tutti gli elementi formali in cui si sostanzia il verbale, si presentino idonei a ricostruire ex post con adeguato grado di certezza lo svolgimento del procedimento di gara. Ciò è tanto più necessario nei casi in cui le operazioni di gara si siano protratte per un lungo periodo (nel caso in controversia per cinque mesi) ed il decorso del tempo possa influire sull’esatta ricostruzione delle operazioni espletate in ogni singola adunanza della commissione” - Cons. Stato, III Sezione, sentenza n. 2692/2014;

“occorre che vi sia una corretta rappresentazione documentale dello svolgimento della procedura e che la verbalizzazione non contestuale segua il compimento delle attività rappresentate entro un termine ragionevolmente breve, tale da scongiurare gli effetti negativi della naturale tendenza alla dispersione degli elementi informativi. L’interesse sotteso alla Servizio Autonomo Contenzioso verbalizzazione contestuale ed alla possibilità di effettuazione di una verbalizzazione differita è, dunque, rinvenibile nella esigenza di una corretta rappresentazione documentale, id est di una analitica ed attendibile resocontazione delle operazioni compiute” - Cons. Stato, VI Sezione, n. 400/2017;

- a fronte di tali principi, nel caso in esame, se da un verso è emersa l’omessa verbalizzazione di nove sedute riferite alle operazioni tenutesi nel corso delle singole adunanze della Commissione da luglio a dicembre 2021, da un altro verso, altresì, è emersa la mancanza delle tabelle o delle “minute” dei punteggi tecnici assegnati ai concorrenti per i criteri e sottocriteri di valutazione B.1, B.2 (esperienza e professionalità), B.3 e B.4, in tal modo impedendo di poter ripercorrere l’iter logico seguito per la valutazione degli elementi componenti l’offerta dei concorrenti;

- Considerato, ancora, che: - la procedura di appalto in esame è stata indetta con determina n.762 del 22.07.2020 ed il relativo capitolato, all’art. 8 rubricato “corrispettivo di appalto”, nel prevedere un importo a titolo di “parte fissa” (€ 24.000,00 nel biennio) ed un importo a titolo di “parte variabile” (€ 108.000,00 nel biennio), ha considerato la situazione riportata nello specchio che segue:

Autorità Giudiziaria	Anno 2018	Anno 2019
T.A.R.	65	31
Consiglio di Stato	17	9

- per la formazione del corrispettivo di appalto, è stata considerata dunque una media, desunta dal biennio che era decorso, di n. 61 cause per ogni anno;
- la situazione del contenzioso amministrativo nel successivo biennio, anch'esso interamente decorso, risulta la seguente:

Autorità Giudiziaria	Anno 2020	Anno 2021
T.A.R.	32	22
Consiglio di Stato	22	11

- la media del contenzioso amministrativo nel biennio 2020 — 2021 risulta dunque drasticamente ridotta da n.61 cause per ogni anno a n.43,5 cause per ogni anno, con una contrazione rispetto alla media del biennio precedente di quasi il 30%; l'andamento del primo quadrimestre 2022, peraltro, si presenta in linea con i dati degli anni 2020-2021 per il contenzioso di primo grado, mentre registra un deciso calo del contenzioso in Consiglio di Stato;

- la durata della procedura di appalto ed il superamento del limite temporale di irrevocabilità delle offerte (di cui all'art. 10 lett. d. e g. del disciplinare di gara) impone una necessaria verifica anche di tali elementi, su cui si fonda la serietà e l'affidabilità delle offerte, strutturate su una remuneratività dell'appalto (€. 24.000,00 per la parte fissa ed €. 108.000,00 per la parte variabile) non più confermabile alla luce dei dati dell'ultimo biennio totalmente decorso, laddove il calo del contenzioso di ben oltre un quinto (20%) - ritenuto negli appalti pubblici (art. 106 D. Lgs. 50/2016) una soglia di "fisiologico" scostamento senza determinare conseguenze sui limiti della convenienza economica e, quindi, della prosecuzione dell'appalto - modifica in modo significativo gli equilibri economici su cui sono state strutturate le offerte e interferisce quindi sulla sostenibilità dell'appalto;
Rilevato che:

- alla stregua di quanto precede, il R.U.P., con proprio atto del 09.05.2022 assunto al prot. n.34043, ritenendo necessario disporre l'annullamento della gara e, nel contempo, la revoca della intera procedura al fine della sua integrale riedizione, dava comunicazione di avvio del procedimento alla C.U.C. ed a tutti i concorrenti ammessi, con p.e.c. inoltrata in pari data, assegnando termine di 10 giorni per prendere visione ed esercitare l'accesso agli atti del procedimento nonché produrre memorie, documenti ed osservazioni;

- no sono pervenuti riscontri alla comunicazione di avvio del procedimento;
- il procedimento si deve concludere nel termine di 30 giorni;

Dato atto che:

- l'unico limite alla possibilità di esercitare il potere di revoca della procedura di gara è costituito dall'avvenuta stipula del contratto, mentre, nel caso in esame, la procedura è ferma alla fase anteriore all'aggiudicazione, con la conseguenza che non è intervenuto alcun principio di affidamento alla stipula del contratto;
- sussistono, altresì, nelle motivazioni sopra esplicitate, evidenti ragioni di pubblico interesse, cui non si contrappone alcuno specifico interesse qualificato e differenziato dei concorrenti, salvo il diritto al contraddittorio che è stato ampiamente riconosciuto;

Visti:

- il D. Lgs. 50/2016 “Codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture”;
- la L. 241/90 ed in particolare gli artt. 21nonies e 21quinqies, i cui distinti presupposti ricorrono nella presente vicenda e convergono sulla esigenza di ritiro della procedura indetta per rinnovarla integralmente;
- il D. Lgs. 267/2000 ed in particolare gli artt. 107 e 109;

DETERMINA

- 1) **Dare atto** che la suesposta premessa è parte integrante e sostanziale del presente atto;
- 2) **Annullare e Revocare**, per tutto quanto sopra esposto, la gara per l'affidamento dei Servizi legali di gestione del contenzioso amministrativo, attivo e passivo, di primo e secondo grado (TAR e Consiglio di Stato) — CIG: 8379071421, indetta con determinazione del Responsabile del Servizio Autonomo Contenzioso n. 762 del 22.07.2020;
- 3) **Disporre**, con successivo atto, la riedizione di una nuova procedura di appalto;
- 4) **Dare atto** che l'assunzione del presente provvedimento non comporta impegno di spesa e, pertanto, non occorre l'acquisizione del parere contabile;
- 5) **Disporre** la trasmissione della presente:
 - Al Sindaco; Al Segretario Generale; Al Responsabile della C.U.C. Sele Picentini;

- Agli Operatori economici ammessi in gara.

6) **Dare atto** che il Responsabile del procedimento, ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 8 della Legge 7 agosto 1990, n. 241, è l'avv. Gennaro Izzo – Responsabile del Servizio Autonomo Contenzioso – p.e.c. : protocollo@pec.comune.battipaglia.sa.it;

7) **Attestare** la regolarità e la correttezza del presente atto, ai sensi e per gli effetti della norma recata dall'art. 147 bis, 1° comma, del D. Lgs. n. 267/2000 (T.U.E.L.).

Il Responsabile P.O.A.

Servizio Autonomo Contenzioso

Avv. Gennaro Izzo

-

Documento informatico firmato digitalmente ai sensi del T.U. 445/2000 e del D.Lgs 82/2005 e rispettive norme collegate, il quale sostituisce il documento cartaceo e la firma autografa; il documento informatico e' memorizzato digitalmente ed e' rintracciabile sul sito internet per il periodo della pubblicazione.

L'accesso agli atti viene garantito tramite gli uffici comunali ed i singoli responsabili del procedimento al quale l'atto si riferisce, ai sensi e con le modalità di cui alla L. 241/90, come modificata dalla L. 15/2005, nonché al regolamento per l'accesso agli atti del Comune di Battipaglia.

Data 06/06/2022